

CUMHURİYET KURULURKEN MEMURİN KANUNUNUN DİKKAT ÇEKİCİ BİR HÜKMÜ

Sait GÜRAN (*)

21 Teşrin-i evvel 1336 (21 Ekim 1920) tarihini taşıyan Büyük Millet Meclisi Beyannamesi, Millî Mücadele başlarken, mevcut durumu ve yeni Devletin hedef ve işlevini şöyle açıklıyordu:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, halkın öteden beri maruz bulunduğu sefalet sebeplerini yeni vesait ve teşkilât ile kaldırarak yerine refah ve saadet ikame etmeyi başlıca hedefi addeder. Binaenaleyh, toprak, maarif, adliye, maliye, iktisat ve evkaf işlerinde ve diğer mesailde, içtimaî uhuvvet ve teavünü (kardeşlik ve yardımlaşmayı) hakim kılarak, halkın ihtiyacına göre teceddüdat (yenilik) ve tesisatı vücuda getirmeye çalışacaktır. ...Binaenaleyh, Türkiye Büyük Millet Meclisi, memleketin idarî, iktisadî, içtimaî umum ihtiyacına müteallik ahkâmı peyderpey tetkik ve kanun şeklinde tatbik mevkiine vaz'eylemeye başlamıştır.”¹

Bu hedefe ulaşmak, Millete karşı üstlenilen bu işlev, daha doğrusu görev nasıl yerine getirilecektir? Tüm Devletlerde olduğu gibi, “İdare Cihazı” vasıtasıyla ve bu mekanizmayı çalıştıracak “memurlar” eliyle.

CUMHURİYET ÖNCESİ KOŞULLAR

Ancak, Cumhuriyet'in memur kadrolarını oluşturmak gerçekten çetin bir sorun teşkil ediyordu.

(*) Prof. Dr. Sait Güran, İstanbul Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir.
1) Server TANİLLİ : **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, 61-62 (İstanbul, 1976).

Çünkü, bir taraftan “10-12 yıl içinde dört kanlı savaş geçiren memleketimiz², bilgili, yetişmiş ve enerjik kuşaklarını harp meydanlarında kaybetmişti. ...Halkın hizmetlerini görecektir pek mahdut bir aydın gücü kalmıştı. Harplerden sağ çıkanlar, ya tam randıman veremeyecek kadar bitkin ve yaralı ya da öğrenimini yarıda bırakmış gençlerdi.”³

Öte yandan, “Kurtuluş Savaşı boyunca İstanbul bürokrasisi Anadolu hareketine bir türlü ısınmamıştır. Söz konusu bürokrasi bu hareketin anlamını anlamakta dahi yetersiz kalmıştır. ...Ankara hükümeti, sivil bürokrasi üzerinde yetkiyi tamamen eline aldıktan sonra da Osmanlı geleneklerine bağlı bürokratları görevlerinden uzaklaştırmaya devam etmiştir. ...Kurtuluş savaşı bitip yeni devlet kurulduğu zaman, sivil bürokrasinin bir bütün olarak yeni hareket için kazanılmış bulunduğu söylenemez. Başkent yapılan Ankara, yeni devlet kurucuları bakımından sembolik bir anlam taşırken, sivil bürokrasi, aynen yabancı elçilikler gibi, İstanbul’dan Ankara’ya gelmeye dahi isteksizdi.”⁴ Fakat, çaresiz, “yeni Devlet bürokrasiyi olduğu gibi devir almıştı. ...Bu bürokrasiyi yeni devletin ilkelerini, inkılâplarını ve programlarını yürütebilecek bir duruma getirebilmek her bakımdan güç bir problemdi.”⁵ Ankara hükümetince⁶, “daha çok nitelikli personel yokluğundan ötürü istihdam edilmeye devam edilen Osmanlı devri bürokratlarının bağlılıkları kazanılmaya çalışıldı.”⁷

Ancak, mevcut “sivil bürokrasi kadroları genellikle Batılılaşma programını uygulayacak durumda görülmediğinden yeni bir bürokratik kuşağın yetiştirilmesi kararlaştırıldı.”⁸

2) ...sayısı zaten az olan...

3) Hasan Şükrü ADAL : **Kamu Personel İdaresi**, 38 (İstanbul 1968); “Tanzimattan önceki bozukluğun ağırlık merkezini personel rejimi teşkil ettiği için islâhatın ilk anından başlayarak bu alanda yenilik hareketlerine girildi ise de tedbirler sistemli olmadı. Eğitim alanındaki çabaların yetersizliği yüzünden ehliyetli personel bulmadaki güçlük devam etti.” Tansin Bekir BALTA : **İdare Hukuku**, 55 (AÜSBF yayını, 1972).

4) Metin HEPER : **Bürokratik Yönetim Geleneği**, 101-103 (ODTÜ yayını, 1974).

5) ADAL : n. 3, 41.

6) “bir taraftan temizlik” devam ettirilirken ... HEPER : n. 4, 104.

7) ibid.

8) ibid.

Madalyonun öteki yüzüne bakınca da görünen şunlardır:

Herne kadar 1876 Anayasası, memurların hukukî rejimine ilişkin bir takım olumlu hükümler⁹ taşıyor, bazı kanunî düzenlemeler yapılıyor idiyse de, “1876 ilkeleri gerçek bir uygulama görmemiştir. Memuriyet statüleri dağınık bir şekilde tertiplenmiş, riayet olunmamış...tır. II. Meşrutiyetten sonra da durum toparlanamamıştır.”¹⁰

“İmparatorluk sona erdiği zaman personel rejimi esas itibariyle mesleklere dayanan fakat teminatını kaybeden bir ‘kariyer’ sistemi karakterini taşıyordu. ...Liyakat sistemi benimsenmemiştir. Meşrutiyetten sonra siyasî partiler rejimi, kayırma usulünü ve partizanlığı arttırmıştı. ...Azil sistemi teminat rejimini fiilen ortadan kaldırmıştı. ...İstihkaklar rejimi, sosyal, ekonomik ve malî esaslara ve ilkelere dayanmayan iptidaî bir maaş usulünden ibaretti. Bu maaşların muntazam verilmesi bile mümkün olmuyordu. ...Memurların Devlete karşı güven duygusu sarsılmış bulunuyordu. ...Toplu işten çıkarma ‘tensikat’ usulleri ile kadro dışında bırakılmaları korkusu memurda güven duygusu ve Devlet’e sadakat hissi bırakmamıştı. Son tensikat 1910 (1325) yılında yapılmıştı. Bir çok memur açıkta kalmıştı. Açıkta kalmak Devlet memuru için bir kâbustu.”¹¹

Bu incelememizde değineceğimiz noktaya ışık tutması bakımından daha açıklayıcı bulduğumuz bazı gözlemleri aktararak madalyonun bu yüzünü biraz daha netleştirelim...

1876 Anayasasına rağmen, “İdareten azil keyfiyetinin memleket için müzmin bir dert haline girerek, bunun, ehliyetli ve namuslu me-

9) **Madde 39** : Bilcümle memurun nizamen tayin olunacak şerait üzere ehil ve müstehak oldukları memuriyetlere intihap olunacaktır ve bu veçhile intihap olunan memurlar kanunen mucibi azil hareketi tahakkuk etmedikçe veya kendüsü istifa eylemedikçe veyahut devletçe bir sebebi zarurî görülmedikçe azil ve tebdil olunamaz ve hüsnü hareket ve istikamet eshabından olanlar ve devletçe bir sebebi zaruriye mebni infisal edenler nizamı mahsusunda tayin olunacağı veçhile terekkiyata ve tekaüt ve mazuliyet maaşlarına nail olacaklardır. **Madde 40** : Her memuriyetin vezai fi nizamı mahsus ile tayin olunacağından, her memur kendü vazifesi dairesinde mes’uldür.

10) Mukbil ÖZYÖRÜK : **İdare Hukuku Ders Notları**, 110 (Teksir, Ankara, 1973); bakınız, Balta’ya, n. 3’de.

11) ADAL : n. 3, 40-41.

murların yetişmesinde en büyük bir mani teşkil ettiği anlaşılmaktadır. ...Ne rüşvet kalkıyor, ne de ehil ve müstehakları memuriyetlere tayin ve keyfî aziller men ediliyor. ...Faziletli, namuslu ve vatanperver memurların keyfî azilleri yüzünden Hükûmet idaresi, memleketin başına musallat olan zimamdarın (yöneticiler) ile onların irtikâbına vasıta olan ve rüşvet ve irtikâpla servet itharından başka bir emelleribulunmayan... nakislere kalıyor. Zayıf kalpli olup da maişet derdinden korkanlar da azil tehdidi karşısında, kendilerini bu meş'um idare cereyanına kapıp koyuveriyorlar.”¹²

“Eskiden âmir, doğrudan doğruya ve kendi kararıyla memur hakkında en ağır disiplin cezasını uygulamakta yetkili idi. Bu hal âmirin memur üzerindeki otoritesini son derecede arttırmakta ise de, memurların haklarını ve bilhassa memurluk güvenliklerini baltalamakta idi. Her an azledilmek tehlikesine maruz bulunan memurdan doğru hizmet beklemek fazla olur; bir takım memurların vaktiyle eğri yollara sapmış olmalarında güvensizliklerinin de etkisi olduğu su götürmez.”¹³

“Eskiden İstanbul'dan başka bir dereceye kadar umran görmüş bir beldemiz hemen yok gibiydi... (Memurlar) Anadolu'da bir memuriyete tayin edilmeyi sürgün cezasına çarptırılmak gibi telâkki eylerlerdi. —Sivas, Erzurum, Erzincan, Malatya, Amasya gibi bir takım şehirlerimiz bile birer menfa sayılırdı.”¹⁴

Tanın gazetesi yazarı Ahmet Şerif Bey'in 1909/1910 yılına ait Anadolu gözlemleri, 788 sayılı Memurin Kanununun genel esprisini açıklayan ve konumuz 42. maddenin —tahvil— ilk metniyle sevk nedenini ortaya koyan örneklerle doludur¹⁵. Bunlardan en çarpıcı saydığımızı aktarmakta hayli yarar görüyoruz ve kendi boyutunu aşıp pek çok noktayı aydınlattığını sanıyoruz.

“*Memurlara Kefil Olma ve Nüfus Ticareti*; ...Asırların kötü mirası olan alışkanlık ve görenekleri bir tarafa bıraksak bile, maddî ve manevî zararları her an görülen başlıbaşına bir mesele, memurların

12) Atıf Bey : Memurin ve Memurin Kanunları, 6, **İdare** 126, 127 (1928).

13) Süheyp DERBİL : **İdare Hukuku**, (Cilt I), 332 (AÜHF. yayını, 3. bası, 1950).

14) id., 325.

15) Ahmet ŞERİF : **Anadolu'da Tanin** (Kavram yayınları, 1977).

kefaleti meselesi var ki, alınacak tedbirlerin sonuçsuz kalmasına tek sebeptir. Bir memur tayin edilir ve görev yerine gönderilir. Hükümet kendisinden kefil ister, memur çok defa bunu gittiği yerden sağlamağa mecburdur. Kefil de ancak o yerin ağaları, zenginleri veya onların adamları, yani hükümetin bugün nüfuzlarını kırmak istediği zorbalardan olacaktır. —Bunun için artık zavallı memur, ağaları dolaşmaya, rica ve yalvarmaya başlar¹⁶. Bir çok aracıya başvurur. Sonunda ağanın biri ya kendisi kefil olur veya adamlarından birine emrederek onu kefil yaptırır. Fakat hangi adamdır ki otuz bin, elli bin kuruş kıymetli malını ve arazisini tanımadığı bir memurun ricasıyla, yalnız ona iyilik etmek fikriyle hiç bir çıkar gözetmeden tehlikeye atsın... O, elbette, bu lütfûna karşılık memurdan bazı hizmetler bekler ve memur da bunları tabii reddedemez. Çünkü reddetse, kefilin istifası, ekmeğini kaybetmek tehlikesi kesindir. —O halde, memur, hükümetin arkasına yüklettiği kefalet yüküne karşı vicdanını, namusunu çok defa feda etmeye mecburdur. Demek oluyor ki, şu bağ, zorbalara memurlar üzerinde bir hak, bir yetki veriyor. — Anadolu seyahatinde bu hakkın çeşitli şekillerde kullanıldığını gördüm. Kefil, kanuna aykırı şeylerin desteklenmesini memura bizzat teklif eder, veya kendisi zahmet etmeyerek, adamlarından birini kendisinin veya başkalarının işleri için bir selâmla gönderir. Her iki teklif şeklinin altında istifa tehdidi vardır. Artık biçare memurun durumu düşünölsün. Bu adam namus ve vicdan sahibi de olsa, teklifi, selâmı kabul zorundadır. Çünkü memuriyetten uzak kalmak, aylarca sürünmek ve aç kalmak korkusu var. —Diğer bir şekilde kefilin memuru sağması, ayda bir kaç kereler gelerek ‘borcum var, zahirem yok’ gibi sebepler icadıyla az çok para çekmesidir. Üç yüz yahut beş yüz kuruş aylıklı olan memur, bu isteklere karşı kıvrır, özür ileri sürer, fakat belâyı savamaz, mutlaka bir şey verir. — Memuru keyiflerine göre kullanamayanların en birinci işi, onun kefilini teşvik ve tehdit ederek istifa ettirmektir. Bu istifa ise, memura karşı öyle bir silâhtır ki, çok defa her teklifi kabule zorlayan sebep olur.”¹⁷

Yeni Devlet’in İdare Cihazı, büyük kısmı böylesine güvencesiz, meslekî geleceği belirsiz, hayatı tahvil adlı sürgünler, kefalet denen

16) Çünkü, kefalet parası 30-50 bin kuruş; memurun aylığı ise 300-500 kuruştur (id., 222-223).

17) id., 221-223.

boyunduruklar, azil diye bilinen kovulmalar, rüşvetgibi hastalıklarla dolu, meslekî bilgi, deneyim ve birikimi yetersiz kapıkulu memurlarla, âmir-i mutlak üstlerden oluşan personeli eleyip, aralarından yararlı olanları muhafaza etmek ve bunlardan iyi ürün almak sorunu ile karşılaşıyordu. Bu nedenle, zaten sayısı az olan ehliyetli memurları kazanabilmek için, önce, onlara liyakate dayalı bir "meslek" vaad etmek, güvence taahhüdünde bulunmak, maddî ve psikolojik bakımdan desteklemek ve tüm olumsuzlukları ayıklamak suretiyle güvenli, sağlıklı, objektif-yansız, belirsizlikten ve keyfîlikten yoksun bir "gelecek" yaratmak ve bunun somut kanıtını göstermek zorundaydı. Özellikle ,azil, tahvil, kefalet ve benzeri tahrip edici biçimde kullanılan yetkiler, ya kayıtsız şartsız red ve terk edilmeli ya da ancak memurun aleyhine kullanılamıyacak formüller ile saklı tutulmalıydı¹⁸. Kamu ya-

- 18) "Memurin Kanununun esası, memurun izzetinefsini incitmemekle beraber, onu daha ziyade inkişaf ettirecek ahkâmı ihtiva etmesi teşkil eder. Tayin ve terfi için ancak muayyen ehliyetlerin şart olduğunu, suiistimallerin mutlaka mücazat ve hüsnü hizmetin behemahal mükâfatı intac ettiğini, kıdemini dolduran ve şeraitini ihraz eden bir memurun hiç bir tavsiye ve iltimasa ve müdahaleye lüzum ve meydan kalmadan terfiye mazhar olacağını bilmesi ve ondan emin olması halindedir ki onun izzetinefsi ... lekesiz ve tertemiz faaliyet ve intizamında devam eder. Memurin Kanununun sarîh katiyeti karşısında keyfî ve istisnâî muamelelerin, iltimas vukuuna imkân olmadığını bilen ve kâni olan ehliyetli Türk memurlarının her zaman fazilet ve fedakârlıklarına itimat olunabilir. ... Mektebi mülkiye ... suiistimallerin, irtikâpların ayyuka çıktığı bir hengâmede idare mesleğine ekseriyet itibariyle temiz ve faziletli, vicdanlı ve ehil memurlar kazandırmıştır. Harbiye, bahriye, hukuk, mühendishane, darülmualimin ilâhir gibi bütün meslek mektepleri dahilinde vukuf ve ehliyeti seciye, namus ve faziletle tedvic etmiş kendi de anasır yetiştirerek bunların peyderpey mazinin ahlâk zaafıyla malûl, cahil unsurların yerlerine kaim olmaları Türkiye tarihimize daima parlayacak bir hakikattir." ATIF Bey : n. 12, 130. Nitekim. "Bürokrasiyi yeni devletin ilkelerini, inkılâplarını ve programlarını yürütebilecek bir duruma getirebilmek her bakımdan güç bir problemdi... Devlet memurları Millî Mücadele yıllarında aylarca maaş almadan çalışmışlardı. Cumhuriyetten sonra da aynı fedakârlık içinde yorucu bir çalışma düzenine girildi... Özellikle askerî ve idarî kadro, öğretmenler, hekimler ve teknik personel, yeni devletin kuruluşunda büyük emek harcamışlar, o zamanki şartlar içinde başarı da kazanmışlardır." ADAL : 3, 41.

rarı, hizmet yararı, idarî lüzum mülâhazaları egemen kılınarak düzenlenen hükümlerin, bu ad ve örtü altında nasıl uygulandığını herkes görmüş idi ve çok iyi biliyordu.

İşte, 18 Mart 1926 tarihli ve 788 numaralı Memurin Kanununun, *ilk metninde* yaptırım ve önlem olarak düşünülenler dışında, normal görev yerini değiştirme (tahvil) yetkisinin 42. maddedeki koşullarla tanınmasının ardındaki bu nedenlerle düşünceleri bilmek ve iyi değerlendirmek gerekir. Aynı şekilde, 42. maddenin 1931'deki tersine çevrilmiş yeni metnini, İdare'nin genişleyip güçlenen yetkisine karşılık, önemli ve temel bir güvencenin kaldırılmış olmasının sebebini, sonuçlarını ve temelindeki "yaklaşım"ı da dikkatle yorumlamak gerekir.

MEMURİN KANUNU MADDE 42

Memurin Kanunu, 1926 Mart'ında yürürlüğe girerken, geçmiş olaylardan, deneyimlerden ve bunların "maliyetinden" yola çıkarak, memurların görev yerinin değiştirilmesi, nakil ve tahvili meselesinde, kaideten, İdare'nin yetkisini kısıtlamayı ve memurun güvencesine ağırlık vermeyi uygun ve isabetli yaklaşım saymıştır¹⁹. Tahvil, âmirin keyfilğine, memuru gezginci yapan uygulamaya kapalı, ona bir yerde kalma güvenliği veren bir müessese olacaktır. Bu nedenle, kural olarak, tahvil memurun arzu ve rızasına bağlıdır. Mecburî tahvil veya re'sen tahvil yahut dış görevlilerin tahvili ile Bakanlar Kurulunca 37 nci madde çerçevesinde belirlenecek istisnaî görev yerlerine tahvil olunma gibi özel hükümlerle ayrı ve farklı esaslara bağlanan ayırık hallerde idareye gereken üstünlük tanınmıştır. Bunun dışında, olağan

19) **Madde 42:** (Tahvil ve Becayış) Tahvil rızaya tâb'dir. İşbu kanunda münderiç sebeplerden biri olmadan bilarıza tahvil edilen memur, Şûrayı Devlete bilmüracaâ iadei memuriyet ederler ve geçmiş maaşlarını alırlar. **Bu tahvil dolayısıyla verilen harcırahlar ve maaşlar tahvili lüzumsuz yapan heyet veya âmire Şûrayı Devlet kararıyla maaşlarından kat'ı suretiyle tazm'in ettirilir.** Ecnebi memleketlerdeki memurlarla 37 nci maddede zikrolunan mahallere gönderilen memurlar bundan müstesnadır. ... **Madde 37:** Uzaklık veya sıhhî ve idarî ve iktisadî esbaptan dolayı hususî vaziyetleri haiz olmalarına binaen İcra Vekilleri Hey'eti'nce tayin ve tefrik ve dereceleri tesbit olunan mahaller...

tahvilde, ibrenin, memurdan yana kaydığı bir hukukî rejim öngörül-
müştür.

Madde 42'nin, bize, Atatürk döneminde Türk Kamu Hukukunun incelendiği özel sayıda, bu yazıyı yazdıran hükmü ve özelliği, âmir-lerin yetkilerini Hukuka aykırı biçimde kullanmaları ihtimaline, yani emrivakilere karşı memuru "etkili" bir güvence ile donatan, âmiri de bu gibi işlemler yapmaktan "caydıran" sağlam işler "mekanizma- lar" getirmiş olmasıdır.

İdare Hukuku'nun temeli "icraî karar" alarak tek yanlı biçimde ilgili hakkında hukukî sonuçlar yaratabilme gücünü, karşı bir önlem- le dengelemek, frenlemek ihtiyacını duyan Kanun Koyucu²⁰, bunun için iptal ve İdare bütçesinin sorumlu olacağı tam yargı dâvasının sağladığı yaptırımları kâfi görmemiştir. Doğrudan doğruya Hukuka aykırı ("lüzumsuz tahvil") işlemi tesis eden ajanı veya hey'eti şahsen ve malen sorumlu kılmak cihetine gitmiştir.

Ondokuz numaralı dipnotunda verdiğimiz 42. madde metninin koyu yazılı satırları ile kurulan bu mekanizma, İdare Hukuku esas- larıyla bağdaşan, objektif, somut ve etkili bir nitelik taşımaktadır. Ve, daha henüz 1926 yılında düşünül- düğü hatırlanırsa, Türk İdare Hu- kukunda fevkalâde gerçekçi, akılcı ve ileri bir adımdır.

Sözünü ettiğimiz ikinci ve özellikle tazmini içeren üçüncü fıkra, Kamu Yönetimi açısından da, "Hukukla bağlı, ekonomik ve sağlıklı biçimde işleyen" bir İdare Cihazını gerçekleştirmeye yönelik bir hü- kümdür de. Ayrıca, bu mekanizma, tahvil yetkisini Hukuk kuralları

20) "Kamusal ihtiyaçlara göre ... memurlar arasında tahviller ya- pılabilmesi ve her memurun en iyi yapabileceği vazifelere geçi- rilebilmesi lüzumludur. Ancak, lüzumlu lüzumsuz sık sık tah- viller yapılmak suretiyle hem kamusal memurların tedirgin edilmeleri, hem de bir takım yol masraflarının israf olunması uygun değildir. Kamusal memurlara bu bakımdan **çok kuvvetli inanca** vermek için Memurin Kanunumuzun 42. maddesi şu hü- kümleri belirtiyordu. (madde metni...)” DERBİL : n. 13, 324; Ayrıca bakınız, Musluhittin ADİL : **Mukayeseli Hukuku İdare**, 60-61 (Teksir, İstanbul, 1931); "Tahvilde memurun rızasının ara- nılması lüzumu hakkındaki hükmün müeyyidesini 42 nci mad- denin ikinci fıkrası ihtiva etmektedir." Sıddık Sami ONAR : **İdare Hukuku**, 240 (İstanbul, 1933).

ile hizmet gerekleri içinde kullanan İdare'ler için bir engel de teşkil etmemektedir. Koyu yazılı satırlar, tahvili "lüzumsuz" yapan âmirlerle heyetleri sorumlu kıldığından, bu tür işlem ve davranışları önlemek, caydırmak suretiyle, Kamu Yönetiminde olumsuzlukları bertaraf edici, güven ve istikrarı ve bunların doğrudan ve yan ürünlerini getirici rol de oynamaktadır. Böylece bu hükmün²¹ —müteakip fıkıradaki iistisna da hatırlanınca— tahvil yetkisinin hizmetin ihtiyaçlarına ve buyruklarına uygun —kanunun tâbiriyle lüzumlu— şekilde kullanılabilmesi olgusuyla çatışan, çelişen, uyuşmayan bir yanı olduğunu söylemek, ne İdare Hukuku, ne de İdare Bilimi açısından mümkündür.

MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

1926'da yasaya konan bu alkışlanacak mekanizmanın, 42 nci maddenin 1931 yılında karşılaştığı bir değişiklikte kaldırıldığını görüyoruz.

Neden, 1931'de 42 nci maddenin tümüyle değiştirilmesine ihtiyaç duyulmuştur?

Çünkü, "Bu kanunî kayıtlar kamusal ihtiyaçlar dolayısıyla hakiki lüzuma dayanan tahvillerin de yapılmasını güçleştiriyordu."²²; "Fakat vazı kanun tahvilde rızanın şart olması esasının bir takım müşkilât tevlit ettiğini gördüğünden 23 Mart 931 tarih ve 1777 numaralı kanunun ikinci maddesile bu hükmü tadil etmiş ... Şu suretle tahvil hususunda idarenin selâhiyeti çoğaltılmış"tır²³.

"Memurin Kanununun eski 42 nci maddesi böyle takdire müstenit bir tahvil selâhiyeti tanımamakta idi. Memur, kendi rızasıyla veya (belli) kanunî sebepler altında tahvil edilebilirdi. Memleketin bazı yerlerinin hususiliğini ve buralara ehil memur bulmaktaki güçlüğü gözönünde tutan kanun vazımız... İdareye memurların tahvili hakkında geniş bir takdir selâhiyeti tanımış oldu."²⁴

21) Tekrar belirtelim, bu hüküm, bu mekanizma derken, sadece 42'nin koyu harflerle yazılı parçasını kastediyoruz.

22) DERBİL : n. 13, 324.

23) ONAR : n. 20, 241.

24) Sıddık Sami ONAR : **İdare Hukuku**, 948-949 (İ.Ü. yayını, 1942).

“Memurların hak ve vazifelerini tesbit için yapılan Memurin Kanununda, âmirin memur üzerindeki hakkını teslim etmekte kıskanç davranılmıştır. ...Bir memurun esbabı idariyeden dolayı bir mahalde ipkasının mahzurlu bulunduğu prensip itibariyle Memurin Kanununda dahi kabul edilmiş, ancak bu cihet bir takım kayıt ve şartlara tâbi tutulmuştur. Halbuki memurun tahvilini icap eden sebepler, kanunun kabul ettiği gibi ekserî ahvalde ne inzibatî ve ne de cezaî takibatı müstelzim olmıyarak sırf takdirî ve idarî mahiyette bulunduğundan, bunları memuru tayin eden makamatin takdirine bırakarak *memleketin menfaati aliyesi* namına bir ceza mahiyetinde olmıyarak tatbik etmekte âmir serbest kalmalıdır. İşte bu sebeple kanunun 42 nci maddesi tâdil edilmiştir.”²⁵

Gerek Hükûmet Tasarısındaki madde gerekçesinden —ki Genel Kurulda tartışmasız kabul edilmiştir— gerekse müelliflerin vurgulamasından açıkça anlaşılmaktadır ki, 42 nci maddenin *sorun noktası*, tahvilin memurun rızasına bağlı olması, isteği dışında tahvile tâbi tutulmaması kuralıdır. Bu kural ve kayıt, memleketin bazı yerlerindeki görevlere ehliyetli memur sevkini güçleştirmektedir. Böylece tahvil konusunda memurlara tanınan güvence ile memleketin, daha doğrusu kamu hizmetlerinin menfaati âliyesi çatışmakta ve hizmetin etkin ifasını sağlamakta aşılmaz engelle karşılaşmaktadır. O halde çözüm, bu gibi durumlarda, kuralı değiştirmek, kamu yararını ön plâna çıkartmaktır.

Ola ki, gerçekten 42. maddenin bu kural ve koşulu, belirtilen geçerli sakıncaları yaratmıştır ve bu ilke terk edilerek, yerini, tahvilde, inisiyatifi idareye geçiren bir hükme bırakmalıdır.

Ancak, bu takdirde, rıza şartını, yani bu güvence ve freni kaldırdıktan ve İdareyi pasiften aktif mevkie getirdikten sonra, atılması zorunlu bir adım vardı. O da, İdarenin yeni yetkisini sınırlamak, memur lehine hükümlerle dengelemek. Yeni 42. maddenin bunu sağlamadığı metninden anlaşıldığı gibi, ilerki uygulamasıyla da kanıtlanmıştır. Bu yüzden, başka güvenceler gerekmektedir. Ve, böyle bir güvence 42'nin koyu kısmında mevcuttur. Hele, tahvilde gerçekleştirilen kural değişikliğinden sonra, koyu harflerle ifade edilen ‘mekaniz-

25) Hükûmet Tasarısı, S. Sayısı, 113, Sf. 1; 26 TBMM Zabıt Ceridesi (1931).

ma" daha da önem kazanmakta, *memurun hukukunu ve hizmet yararını* koruma bakımından tek güvenli ve etkili çare olmaktadır.

Maddeyi, 1931'de, 1777 sayılı yasayla ve anılan kaçınılmaz —varsayalım öyle— gerekçelerle değiştiren, sözünü ettiğimiz "mekanizma"yı muhafaza etmek gerekirdi. Tahvil konusunda 1931'deki değişiklik, bu mekanizmanın da kaldırılmasını değil, tam aksine, evleviyetle muhafazasını emreder. Öte yandan, tahvil makamı üzerindeki bu denetim ve yaptırım mekanizması, Kanun Koyucunun şikâyet ve tâdil sebepleri arasında bulunmamaktadır da. Bütün mesele, rıza şartının zaman zaman beliren ve hizmeti etkileyen engellemesini kaldırmaktır. Bunun için bu noktaya ilişkin olarak yapılan değişiklik²⁶ ihtiyaca cevap vermekte; ayrıca anılan mekanizmanın da sona erdirilmesini savunacak bir dayanak veya açıklama bulmak mümkün görülmemektedir. Tekrarlayalım ki, 1931'deki kural ve koşullar değişirken, koyu harflerle yazılı fıkranın aynen muhafazası, her bakımdan şarttı; kuşkusuz, memurun açacağı iptal ve tam yargı dâvaları, iadei memuriyet şartı ve takdir yetkisinin mutlak olamayacağı esası ile birlikte.

DEĞERLENDİRME

Bunun da bertaraf edilmesi, maalesef, 1926'ların memur politikasından, geçmişteki olumsuz ve yıkıcı deneyimleri sanki unutmuş gibi, âmiri mutlak üst ile kapıkulu memur ilişkisinin geri gelmesine yol açma ihtimali çok kuvvetli radikal bir ayrılışı ifade eder. Daha kısa ve öz deyişle, 1926'da atılan ileri bir adımdan geriye dönüş anlamını taşır 1931 değişikliği. Ve re'sen tahvil yetkisinin özellikleri nedeniyle, bu geri adımın reel anlamı, sadece yasanın bir maddesinin değiştirilmesinden ötede, tümüyle memur politikasında toplam bir yön değiştirmeyi ve bakış açısı değişikliğini ve yeni bir dönemin başlangıcını ifade eder.

Bu bakımdan, çeşitli kanunlarla (657 DMK dâhil) sürdürülen bu yaklaşımın ve re'sen tahvil uygulamasının, bu incelememize konu

26) Memurlar "lüzumu sabit olduğu takdirde tayinlerindeki usule göre... aynı derece ve sınıftaki diğer memuriyetlere tayin olunabilir."

yaptığımız koyu satırlardaki mekanizmanın kaldırılmasının, Türk İdare Cihazına, personel yönetimine, kamu hizmetlerinin daha iyi işlemesi olayına neler kazandırıp, neler kaybettirdiğinin iyi incelenmesi ve maliyet, kâr-zarar hesaplarının çok iyi çıkarılması gerekir.

...son açıklama olarak belirtelim ki, 931'deki yaklaşım değişikliğinin ortam hazırladığı ve zaman zaman bir hayli ileri giden tahrip edici tahvil uygulamalarına karşı, Türk Yargısı'nın bulduğu güvence, 1926 mekanizmasının benzerinin içtihad yoluyla tesisi olmuştur. Bilindiği gibi, Yargıtay'ın, âmirleri, Hukuka aykırı tahvil-nakil işlemlerini iptal eden Danıştay ilâmlarını uygulamama şeklindeki tutumlarından doğan tüm zararlardan şahsen sorumlu tutan kararı, bir anlamda 1926 mekanizmasındaki ilkenin yinelenmesidir. Ayrıca, Danıştay'ın, işlemin sahibi ajanı da İdareyle birlikte yargılayıp, kişisel (görev) kusuru nedeniyle ve o oranda şahsen zarardan sorumlu tutan kararları da, özde 1926 mekanizmasının işletilmesidir²⁷.

O halde, kıssadan hisse çıkartalım ve yürürlükteki DMK'na, içtihadın, ana fikir olarak yeniden devreye soktuğunu söyleyebileceğimiz 1926 mekanizmasını, "hem Devletin yaptığı ödemeleri, hem de memura verilen zararları" içerecek genişlikte, ve İdare Hukuku'nun sorumluluk esasları dairesinde, fakat sadece görev ve yer değiştirme işlemleriyle sınırlı olarak değil, tüm memur işlemlerini kapsayacak yazılışla koyalım.

Cumhuriyetin ilk yıllarında bulunan ve kanunlaştırılan bu mekanizma, Türk Personel Yönetimine ve İdare Cihazına boyut kazandıracak, aşama yaptıracak ileri bir adımdır. Bu adımın, yarım yüzyıl sonra bir kez daha Kanun Koyucu eliyle atılmasında isabet ve "Kamusal yarar" vardır; 1931'de değişikliği öneren Hükûmet Tasarısının kelimeleriyle söylersek, "memleketin menfaati âliyesine" uygundur.

27) Bakınız, Sait GÜRAN: İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, 187-198, 194 (İÜHF. yayını, 1981) veya 12/1 Amme İdaresi Dergisi, 55-62 (1979); 1961 Anayasa Ön Tasarısının 156. maddesi (id., 193); Yargıtay İçt. Birlş. B. Gnl. Kurl. 24.9.1979, E. 78/7, K. 72/2 (RG. 29.11.1979); İdarî Yargılama Usulü Kanunu, madde 28.

Yasalara saygılı, objektif-yansız, dirayetli ve yetenekli âmirlerin bu gibi, hükümlerden endişe etmeleri için bir sebep yoktur. Aksi tutum ve davranışa sahip âmirler ise, haliyle bu gibi denetim ve etkin yaptırım sistemlerinden hoşlanmazlar ve karşı çıkarlar. Ayrıca, karşı çıkarken, sebep olarak da, böyle hükümlerin ve sorumluluk endişesinin, dinamik, atılımcı yöneticilerin elini kolunu bağlayacağını ileri sürerler. Ne var ki, çok şükür, Türk İdaresi, bu tür ve benzeri iddiaların ne ölçüde geçerli olduğunun kolayca anlaşılacağı uzun ve zengin geçmişe sahiptir.